

ביקורת שיפוטית על חקיקה שלא מכוח חוקי היסוד – בעקבות פסקי הדין בעניין החוק למניעת הסתננות

מאת

אריאל ארליך*

בג"ץ פסל את חקיקת הכנסת בעניין המסתננים שלוש פעמים ברציפות במהלך השנים 2012–2015. מאמר זה מתמקד בהיבט מסוים של אירוע ייחודי זה והוא ההידרשות לדוקטרינה של ביקורת חקיקה מכוח "עקרונות יסוד של השיטה", מצד שניים מן השופטים שהובילו את פסקי הדין. "עקרון היסוד" הנטען הוא איסור על החזקה במשמורת של שוהה בלתי חוקי מכוח צו גירוש אם הגירוש אינו בר ביצוע. לאחר תיאור קצר של האירועים המאמר בוחן אם אומנם היה קיים עיקרון מעין זה קודם פסקי הדין דנן. בהמשך המאמר מנתח את תפקידו של ה"עיקרון" בפסקי הדין ואת היחס שבין הניתוח החוקתי המסורתי לפי פסקת ההגבלה. המאמר מבקש לבסס עמדה שלפיה הסתמכות על "עקרונות-יסוד" רצויה פחות מניתוח חוקתי מסורתי של תכלית ומידתיות, שכן הניתוח החוקתי המסורתי מחייב הנמקה גלויה, מבוססת ושיטתית ומאפשר פתרונות גמישים לאתגרים שמעוררת השעה. לבסוף המאמר מציג ביקורת על מהלך פסיקתי זה מבחינת הבסיס הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית ומבחינת היחס הרצוי בין רשויות השלטון.

א. מבוא. ב. הטענה בדבר קיומו של "עקרון יסוד" פסיקתי; 1. העיקרון; 2. האומנם "עיקרון פסיקתי"? 3. ג. "עקרון יסוד" ומקומו בהליך הבחינה החוקתית; 1. ה"עיקרון" ומידתיות; 2. ה"עיקרון" ובחינת התכלית הראויה. ד. השימוש ב"עיקרון" בשלושת פסקי הדין; 1. בפרשת אדם: "עיקרון מושרש בפסיקתנו"; 2. בפרשת איתן: "כלל שאין בלתו"; 3. בפרשת דסטא: כפיית פרשנות; 4. אופן השימוש ב"עיקרון": סיכום. ה. השימוש ב"עקרון היסוד" – השלכות על הניתוח החוקתי; 1. שימוש ב"עיקרון" כתחליף לניתוח מידתי; 2. הקדמת ההכרעה החוקתית לשלב התכלית; 3. פסילת תכלית ללא דיון; 4. פסילת תכליות לאור האמצעים שנבחרו להגשמתן. ו. ביקורת חוקתית לאור עקרונות יסוד חוץ-חוקתיים – השלכות על יחסי הרשויות; 1. ביקורת שיפוטית על חקיקה בישראל – עמדת המסורת; 2. החזרת ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות יסוד אל קדמת הבמה. ז. סיכום.

א. מבוא

שלוש פעמים תיקנה הכנסת את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד–1954 (להלן: החוק למניעת הסתננות) כדי ליצור כלים חדשים להתמודדות עם גל ההגירה הלא

* עורך דין, מוסמך במשפטים מן האוניברסיטה העברית בירושלים, ראש מחלקת ליטיגציה בפורום קהלת למדיניות. הכותב ייצג את פורום קהלת בבקשות להצטרף כ"דיד בית המשפט" בבג"ץ בשלושת ההליכים שהתקיימו בבית המשפט העליון בעניין החוק למניעת הסתננות. הכותב מבקש להודות למערכת כתב העת משפטים על אתר וכן לפרופ' גדעון ספיר ולד"ר אביעד בקשי על ההערות המועילות.

חוקית המאתגר את ישראל מאז שנת 2007. שלוש פעמים קיבל בית המשפט העליון עתירות נגד החוק וביטל את החקיקה או חלקים ממנה.

מאמר קצר זה מבקש להצביע על השימוש יוצא הדופן שעשו שניים משופטי בית המשפט העליון בפסקי הדין הללו ב"עקרון יסוד", שאינו נובע מחוקי היסוד, ככלי לביקורת מהותית על חקיקה ראשית.¹ אבקש להראות כי מדובר במהלך תקדימי, המאותת על חריגה מן הקו שהתווה בית המשפט העליון בשני העשורים שחלפו מאז ההכרזה על המהפכה החוקתית, הן בעצם ההידרשות ל"עקרון יסוד" והן באופן השימוש בו; אעמוד גם על החששות שמגמה זו מעוררת.

אפתח בתיאור קצר של ה"דיאלוג" הייחודי שהתקיים בין הכנסת לבית המשפט, על שלוש מערכותיו. בפרק ב אציג את "עקרון היסוד" שאותו הזכירו הנשיאה נאור והשופט פוגלמן בהכרעותיהם נגד החוק. בחינת פסקי דין שבהם עוצב ה"עקרון" תלמדנו כי מקורו בפסיקה מנהלית שעסקה בפרשנות הסמכות שמקנה חוק ספציפי – חוק הכניסה לישראל, התשי"ב–1952. לאור זאת אטען כי הצגתו בידי השופטים ככלל חוקתי בעל תחולה רוחבית היא חידוש. בפרק ג אבדוק אם וכיצד עשוי להשתלב השימוש ב"עקרון" בהליך הביקורת החוקתית לפי פסקת ההגבלה. על רקע ניתוח זה אבחן בפרק ד את התפקיד שמילא "עקרון היסוד" בהנמקת הכרעותיהם של השופטים נאור ופוגלמן, בחינה תיאורית ובחינה ביקורתית. בשני הפרקים הבאים אעמוד על המשמעות של התפקיד שניתן ל"עקרון היסוד" בנוגע להליך הביקורת החוקתית בישראל: בפרק ה אדון בהשלכות השימוש ב"עקרון יסוד", דוגמת השימוש שנעשה בחלק מפסקי הדין דנן, על הניתוח החוקתי ובעיקר על ביקורת ההסדר בשלב המקדמי של בחינת התכלית. אטען ששימוש כזה, שלא היה הכרחי, אינו עולה בקנה אחד עם הגיונה של פסקת ההגבלה ועם הדרך הרצויה להפעלתה. בפרק ו אדון בעצם השימוש ב"עקרונות יסוד" לצורך ביקורת חקיקה. אעמוד על כך שהשימוש בדוקטרינה חריג לתורת הביקורת השיפוטית על חקיקה בישראל ואדבר גם בהשלכותיו.

* * *

1 ערב פרסומה של רשימה זו ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017), אשר ביטל בהרכב של חמישה שופטים את חוק מס ריבוי דירות (פרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז–2016). עניינו של פסק הדין הוא בפסילת חקיקה מחמת הליך קבלתה, מהלך שנעשה לראשונה בתולדותינו. אף שעניינו של פסק הדין בביקורת הליך החקיקה בלבד, הוא משקף פולמוס חריף בשאלות היסוד בדבר הלגיטימיות של ביקורת החקיקה וגבולותיה. בין היתר נדונה בו השאלה אם ביקורת כזו יכולה להיעשות רק מכוח חוקי היסוד, או שמא גם מכוח עקרונות כלליים. לא חלפו אלא שבועות אחדים, וניתן פסק הדין בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017), ובו ניתנה "התראת בטלות" נגד תיקון של חוק יסוד בדרך של הוראת שעה. גם כאן הושתתה הפסיקה בין היתר על קיומם של עקרונות יסוד או ערכי יסוד, כלומר כללים לא כתובים שבכוחם לגבור אף על חוקי יסוד. מטבע הדברים רשימה זו לא תעסוק בניתוח פסקי הדין הללו והשלכותיהם (בעת פרסום רשימה זו תלויה ועומדת נגד פסק הדין בעניין קוונטינסקי בקשה מטעם המדינה לדיון נוסף). אולם פרסומם מספק הזדמנות נאה לשוב ולדרוש בגבולותיה של דוקטרינת ביקורת החקיקה ככלל ובשאלת מעמדם של "עקרונות יסוד" אל מול חוקי יסוד בפרט, בהקשר של ביקורת חקיקה מהותית.

מהלך העניינים, בתמצית שבתמצית, כך היה: כחלק ממאמצי הממשלה להתמודד עם תופעת ההסתננות חסרת התקדים של מהגרים מאפריקה לישראל נחקק חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב–2012.² התיקון הוסיף לחוק המקורי את סעיף 30א, אשר אפשר להחזיק במשמורת מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש לתקופה של עד שלוש שנים. בפסק דינו בפרשת אדם הכריז בית המשפט העליון פה אחד על בטלותו של הסעיף, לאחר שקבע כי הוא פוגע בזכויות לחירות ולכבוד, וכי האמצעי שנבחר להגשמת התכלית אינו מידתי.³

בעקבות פסק הדין יזם משרד הפנים את תיקון מס' 4 לחוק, שהתקבל בכנסת בשלהי 2013,⁴ ובו שני מרכיבים עיקריים:

א. חקיקה מחדש של סעיף 30א שלפיה הוא יחול רק על מסתננים עתידיים ותוך הגבלה של תקופת המשמורת לשנה אחת;

ב. הוספת פרק ד לחוק, הקובע את הקמתו של מתקן שהייה פתוח למסתננים שהוצא נגדם צו גירוש.

גם נגד תיקון מס' 4 הוגשה עתירה לבית המשפט העליון בטענה כי איננו חוקתי. בפסק הדין בעניין איתן,⁵ שניתן כקודמו בידי תשעה שופטים, ביטל בית המשפט בדעת רוב גם את תיקון מס' 4, על שני מרכיביו. גם הפעם הייתה עילת הביטול חוסר מידתיות, במובנה ה"צר": חוסר הלימה בין התועלת לנזק.⁶

שוב יזמה הממשלה תיקון לחוק, שהתקבל בכנסת בשלהי 2014.⁷ בתיקון קוצרה תקופת המשמורת למסתננים עתידיים לפי סעיף 30א לשלושה חודשים; אשר למסתננים המצויים בישראל הקל התיקון את תנאי השהייה במתקן הפתוח ותחם את תקופת השהייה בו לעשרים חודשים. בפסק הדין בעניין דסטה קיבל בית המשפט חלקית גם את העתירה נגד התיקון הזה, בדעת רוב.⁸ בית המשפט קבע כי סעיף 30א יוכפף לפרשנות שלפיה מסתנן יוחזק במשמורת רק לצורכי זיהוי, או כל עוד יש בידי רשויות המדינה אפשרות ריאלית להוציאו מישראל. בכך שלל בית המשפט החזקה של מסתננים מסודן ומאריטריאה, מדינות המקור העיקריות של המסתננים, מרגע שזוהו, שכן בעת מתן פסק הדין לא הייתה אפשרות ריאלית להוציאם מישראל מייד. נוסף על זה, בוטלו הסעיפים שקבעו את תקופת השהייה בת עשרים החודשים, ובית המשפט קבע כי עד לתיקון החוק יהיה משך התקופה שנה אחת.⁹

2 ס"ח 119.

3 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).

4 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד–2013, ס"ח 74.

5 בג"ץ 7385/13 איתן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014).

6 השופט פוגלמן כתב את חוות הדעת העיקרית, ולעמדתו הצטרפו חמישה שופטים. שלושת שופטי המיעוט, בהובלת הנשיא (בדימוס) גרוניס, סברו כי ההסדר החדש – משמורת בת שנה בלבד – מעורר שאלה של מידתיות כמותית, ובהתחשב במרחב התמרון החקיקתי הנתון למחוקק יש לקבוע כי ההסדר עומד גם במבחן המידתיות השלישי.

7 חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014, ס"ח 84.

8 בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).

9 ביום 8.2.2016 אושר בכנסת תיקון רביעי לחוק, אשר קבע כי תקופת השהייה המרבית במתקן השהייה תהיה בת שנה. חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו–2016, ס"ח 544.

ב. הטענה בדבר קיומו של "עקרון יסוד" פסיקתי

1. העיקרון

בשלושת פסקי הדין טענו השופטים נאור ופוגלמן לקיומו של כלל משפטי, שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון במהלך השנים, ואשר חולש על מרחב התמרון החקיקתי של הכנסת. לדברי השופטים, הכלל – שאותו תיארו "עיקרון מושרש בפסיקתנו", "עיקרון יסוד בשיטתנו", "כלל שהתגבש בפסיקתנו ואין בלתו"¹⁰ – אוסר קטגורית על החזקת אדם במשמורת מכוח צו גירוש אם אין אפשרות מעשית לגירשו. המקור לכלל זה מצוי בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לצווי משמורת מנהליים שהוצאו מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל. להלן יכונה הכלל המשפטי הזה עקרון התליית משמורת בגירוש, או בקיצור – העיקרון.

2. האומנם "עיקרון פסיקתי"?

האם היה קיים כלל כזה קודם פסקי הדין בעניין המסתננים? מה בדיוק היה מעמדו? עיון במקורות שהציגו השופטים לביסוס קיומו של "העיקרון" מעורר סימני שאלה. בית המשפט מפנה לארבעה פסקי דין כאסמכתה לקיומו. הקדום שבהם הוא עניין פלוני, משנות החמישים של המאה העשרים.¹¹ פסק דין זה עסק בשוהה בלתי חוקי שנעצר, והוצא נגדו צו גירוש לפי סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל (כנוסחו אז) וכן צו מעצר זמני עד לביצוע הגירוש. במהלך הדיון בעתירה התברר כי צו המעצר נותר בתוקף רק לשם השלמתה של חקירת המשטרה נגדו כחשוד בריגול – מטרה שאיננה קשורה בגירוש. בית המשפט קבע כי צו המעצר נעשה פסול מעת שהחל לשמש למטרה שונה מזו שלשמה הוצא, ומחמת העובדה שלא נעשה מאמץ לגרש את העותר. עם זאת בית המשפט קבע כי כל עוד החלטת הגירוש בתוקף, ואין כוונה לבטלה, ניתן להוסיף ולהחזיקו במעצר גם אם מסיבות שאינן תלויות במדינה אי אפשר לממש את הגירוש.¹² קבלת העתירה נבעה אפוא מפגם של היעדר הסמכה בחוק, כלומר מכך שסמכות ההחזקה במעצר הנובעת מחוק הכניסה לישראל אינה יכולה לשמש למטרות אחרות. זו אפוא הלכה ספציפית בדיני סמכות ולא כלל רחב-תחולה מהסוג שהשופטים ביקשו לזהות. הלכה זו אף מאפשרת החזקה במשמורת גם כשהגירוש איננו בר ביצוע.

פסק דין שני שהובא כראיה לקיומו של "העיקרון" ניתן בתחילת שנות התשעים בעניין בן ישראל.¹³ במקרה זה נתפס העותר שוהה שלא כדין בישראל, הועמד לדין פלילי, נשא בעונשו, ואחר כך הוחזק במעצר מכוח סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל (כנוסחו אז) לשם גירושו. בית המשפט קבע כי הסמכות למעצר לפי סעיף זה היא לשם גירושו של העותר, סמכות נלווית שנועדה להבטיח את הגירוש ולא להענישו או לכפותו. משום כך, מעת שהיה ברור כי גירושו של העותר שם אינו אפשרי, לא ניתן היה להחזיק את העותר במשמורת.

10 ראו להלן בעמ' 41–48.

11 בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243 (1954).

12 שם, בעמ' 248.

13 בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד (4) 149 (1990).

בפסק דין **בן ישראל שינה אפוא בית המשפט את ההלכה שבעניין פלוני הנ"ל** בעניין החזקה מכוח חוק הכניסה לישראל כשהגירוש אינו אפשרי. אולם גם בעניין **בן ישראל** התבססה ההחלטה לבטל את המעצר על היעדר הסמכה בחוק הכניסה לישראל ולא על "עקרון יסוד" כללי, כלומר כלל משפטי רחב-תחולה.¹⁴

פסק הדין השלישי שאליו מפנה בית המשפט הוא בג"ץ אל טאיי, מאמצע שנות התשעים.¹⁵ גם בעניין זה הוצאו צווי גירוש – הן מכוח הצו הרלוונטי החל ביהודה ושומרון¹⁶ והן מכוח סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל – נגד אזרחים עיראקים שנכנסו לישראל שלא כדין והיו נתונים תקופה ארוכה במעצר לשם גירושם. בית המשפט חזר על הניתוח שנעשה בעניין **בן ישראל** וקבע שהסמכות להורות על מעצרו של אדם שהוצא נגדו צו גירוש אינה מוחלטת, במובן זה שניתן להפעילה רק לשם הגשמת התכלית שבבסיס חוק הכניסה לישראל, והיא להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש.¹⁷ לאור זאת קבע בית המשפט כי אם יתברר שאין אפשרות לגרש את העותרים, יש לבחון את שחרורם ממעצר, אגב קביעת חלופות שיבטיחו את מטרת המעצר.

פסק הדין הרביעי הוא עניין סעידי משנת 2011.¹⁸ פסק דין זה, שאינו אלא גלגול נוסף של פרשת אל טאיי בדמות תביעת פיצויים אזרחית, ניתן ערב חקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. התובעים תבעו פיצויים בשל תקופת החזקתם במעצר מכוח חוק הכניסה לישראל, אשר לטענתם, לפי פסק דין אל טאיי, הייתה לא סבירה עד כדי עוולה אזרחית. תביעתם התקבלה בחלקה בבית המשפט המחוזי. פסק הדין בערעור סקר בין היתר את התיקון בחוק הכניסה לישראל משנת 2001,¹⁹ שקבע מערכת איוונים בנוגע לסמכות המעצר לצורך גירוש כגון הגבלתה לתקופה בת שישים יום והקמת בית הדין למשמורת. אגב קבלת ערעור המדינה,²⁰ ציין בית המשפט העליון כי "העקרונות אשר לאורם על רשויות המדינה להפעיל את סמכות המעצר מכוח חוק הכניסה לישראל" נטבעו בבית המשפט העליון עוד קודם התיקון וקבע בין היתר כי "המעצר טרם גירוש נועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ואינו בא לשרת כל מטרה עונשית או הרתעתית".²¹ גם פסק דין זה עוסק אפוא בשאלת גבולות הסמכות שמעניק חוק הכניסה לישראל (והצו המקביל החל באזור יהודה ושומרון) ובדרך שפורשו בפסיקת בית המשפט.

14 שם, בעמ' 152.

15 בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995).

16 צו בדבר מניעת הסתננות (יהודה ושומרון) (מס' 329), התשכ"ט–1969. ההוראות בצו זה לעניין החזקה במשמורת עד לגירוש דומות בעיקרן לאלו שבחוק הכניסה לישראל.

17 עניין אל טאיי, לעיל ה"ש 15, פס' 13.

18 ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי (פורסם בנבו, 15.12.2011).

19 חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א–2001, ס"ח 1804.

20 ראו פס' 26 לפסק דינה של השופטת חיות בעניין סעידי, לעיל ה"ש 18. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה ופטר אותה מכל פיצוי לעותרים. אשר לחלקם מצא בית המשפט כי עניינם כבר הוכרע בפסק הדין בעניין אל טאיי (לעיל בה"ש 15), וחל עליו השתק פלוגתא; בעניין הנותרים צוין כי אף שמבחינה מנהלית פסק בית המשפט לשחררם, אין ללמוד מכך חובת פיצוי נזיקית, שכן, "אין שוויון מתמטי בין סמכות סטטוטורית לבין חובת זהירות ברשלנות". ראו פסק דינו של השופט עמית בעניין סעידי, שם.

21 שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת חיות.

מארבעת פסקי הדין הללו, ובייחוד משלושת האחרונים, ניתן לחלץ את הכלל הזה: סמכות המעצר לפי חוק הכניסה לישראל (והצו החל באזור יהודה ושומרון), נועדה להגשים את תכליתם של דברי חקיקה אלו, שהיא גירוש של מי שנכנס ארצה שלא כדין. לפיכך בהיעדר כוונה או אפשרות לממש את הגירוש כפי שמתווים דברי החקיקה הללו, אין הם מעניקים סמכות להחזיק אדם במעצר. מדובר בכלל שעניינו פרשנותם של חוקים ספציפיים, לאור תכליתם הברורה ולצורך תחימת הסמכות שהם מקנים; לא נאמר בפסקי הדין הללו דבר על תחולה כלל-משפטית, ודאי שלא ברמה החוקתית, ואין הצדקה לייחס להם מה שהם עצמם לא התיימרו לו.²²

בענייננו נדרש בית המשפט העליון לשאלה שונה לחלוטין. הכנסת חוקה תיקון לחוק אחר – החוק למניעת הסתננות. הן החוק הן התיקון לו נועדו להשיג מטרה אחרת מזו של חוק הכניסה לישראל. התיקון דנן נועד להתמודד עם תופעת הסתננות רחבת היקף שמאתגרת את מדינת ישראל ולא רק לקבוע פרוצדורת הרחקה של מי שמצוי בישראל שלא באישור. הוא נועד לתת לרשות האוכלוסין כלי פעולה נוספים להתמודדות עם התופעה, שונים מן הכלים שחוק הכניסה לישראל מעניק. אדרבה, מגבלותיו של חוק הכניסה לישראל והתמקדותו בהליך הגירוש הם אשר הניעו את המחוקק לתקן את חוק ההסתננות, כפי שציין השופט פוגלמן במפורש בעניין אדם.²³

ההסתמכות על ה"עיקרון" האמור לצורך ביקורת חוקתית של התיקון לחוק המסתננים לוקה אפוא מבחינה אנליטית בכמה רמות: א. פרשנותו של חוק ספציפי איננה עניין לביקורת שיפוטית על חוק אחר, ודאי אם תכליותיו אחרות; ב. גם אם נניח שמדובר בכלל משפטי רחב-תחולה שהתגבש בפסיקה, הכלל התגבש סביב שאלת הסמכות. מעת שהחוק החדש מעניק סמכות, אין הכלל רלוונטי עוד; ג. פרשנות לצורך ביקורת פעולה מנהלית אינה כשירה לשמש תשתית לביקורת חוקתית שעניינה פסילת חוק של הכנסת, פעולה הדורשת בסיס חוקתי איתן.²⁴

22 השאלה אם וכיצד ניתן לחלץ כלל מתוך פסיקה, ומהי ההבחנה בין "רציו" של פסק דין לבין "אמרת אגב", חורגת מגדרו של מאמר זה (ראו למשל חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2001)). ההתייחסות כאן איננה מבקשת להבחין את פסקי הדין האלו ממקרים דומים אחרים, אלא רק להגדיר את מה שעולה מפסקי הדין הללו ישירות על סמך בחינת העובדות שנדונו והחוק שיושם, בקבלת ההנחה שמדובר ברציו.

23 עניין אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט פוגלמן. החוק, בגרסאותיו השונות, יוצר כלים חדשים הן במובן של אורך תקופת המשמורת, הן בהקמת מתקן שהייה פתוח, הן ביצירת הסדרים כלכליים חדשים. יש לציין כי בפסק הדין בעניין סעידי, אגב סקירת המצב החוקי לאחר תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, ציינה השופטת חיות כי הכנסת אישרה בקריאה ראשונה את תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות "באופן שיאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה הארוכה משמעותית מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל" (עניין סעידי, לעיל ה"ש 18, פס' 25 לפסק דינה של השופטת חיות).

24 ראו עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז (כדעת מיעוט).

ג. "עקרון יסוד" ומקומו בהליך הבחינה החוקתית

1. ה"עקרון" ומידתיות

קודם שאבחן איזה תפקיד ייעדו השופטים ל"עקרון" בהליך הביקורת המשפטית בפרשיות דין, אציג ניתוח קצר של התפקידים שהוא עשוי למלא. כמובן, אם ה"עקרון" אינו אלא ביטוי של אחד משלבי הביקורת החוקתית לפי מבחני פסקת ההגבלה, הרי שהשימוש בו אינו חדשני במיוחד, ומכאן חשיבותו של הניתוח שלהלן.

האפשרות האחת היא כי העיקרון משקף ניסוח של הכרעה בשאלת המידתיות. מידתיות, כידוע, היא בחינת היחס שבין האמצעים למטרות. הדיון במידתיות אמור לבחון אם האמצעי שנבחר למימוש התכלית מתאים, שאין מתון ממנו, ושתועלתו מרובה מפגיעתו. בחינת המידתיות לעולם בחינה יחסית היא ולא בחינה קטגורית. אמצעי אל מול מטרות.

אקדים ואומר כי בהקשר של פרשנות חוק הכניסה לישראל, פסיקת בית המשפט הנזכרת לעיל אכן שיקפה קביעת נקודת איזון, ועל כן ניתן לנסח בה מונחי מידתיות:²⁵ הקביעה כי כדי לגרש שוהה בלתי חוקי אי אפשר להחזיקו במעצר אם אין אפשרות לגרשו, היא נגזרת הכרחית של מבחן המידתיות הראשון, התובע קשר רציונלי בין האמצעי הננקט לבין התכלית המבוקשת. אם סמכות המשמורת ניתנה לרשויות לצורך גירוש, וגירוש אינו אפשרי, הרי שאין קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית.²⁶ בניסוח כללי יותר אפשר לומר כי אמצעי פוגעני שמטרתו להגשים תכלית שאיננה בת מימוש לעולם לא יהא מידתי. ניתן אפוא לקבל את הטענה כי כלל הפרשנות שנקבע לחוק הכניסה לישראל הוא יישום של כלל המידתיות.

מנגד, "העיקרון הפסיקתי" כפי שהנשיאה נאור הציגה כבר בפסק הדין הראשון הוא כלל קטגורי, נטול הקשר ותלות: הכלל אינו רגיש לתכלית שלשמה נעשית המשמורת, אדיש לקיומן של חלופות ואינו מתיר לנקוט פרקטיקה של משמורת גם אל מול תועלת רבה, שהרי הדבר "אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו".²⁷ כלומר, גם אם תכלית הרתעתית היא ראויה, ה"עקרון" כשלעצמו מונע את השימוש במשמורת כדי להגשימה מחמת הסתירה שיש בו ל"עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו".

נבהיר זאת בהצגה תבניתית: ההיגד "אסור להשתמש באמצעי X לצורך הגשמת תכלית Y" נשען על בחינת היחס בין תכליות לאמצעים, ולפיכך הוא עשוי לשקף הכרעה בשאלה של מידתיות. גם ההיגד "הגשמת תכלית Y אסורה אם לשם כך נעשה שימוש באמצעי X" אינו אלא ניסוח אחר של אותו היגד, וגם מקומו שלו במידתיות. מנגד, ההיגד "אין להשתמש באמצעי X אלא אם ניתן להגשים באמצעותו את תכלית Y" אינו היגד של מידתיות. ההיגד שולל את האמצעי בלי לבחון ביחס לתכליות אפשריות אחרות. במילים אחרות, ההיגד מתעלם מן האפשרות שאמצעי זה יכול להגשים תכליות אחרות שביחס אליהן אין מתון ממנו ותועלתו תגדל מנזקיו. היגד כזה אינו אלא צמצום של קשת התכליות האפשריות לכדי תכלית אחת.

25 ראו עניין סעידי לעיל ה"ש 18, פס' 26 לפסק דינה של השופטת חיות.

26 ראו עניין איתן, לעיל ה"ש 5, פס' 55 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

27 עניין אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 3 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (כתוארה אז).

2. ה"עיקרון" ובחינת התכלית הראויה

שתי תכליות הציגה המדינה לתקופות המשמורת שנקבעו בחוק: הרתעה וגירוש.²⁸ אל המסקנה כי תכלית הגירוש לבדה יכולה להיחשב "תכלית ראויה" עבור החוק הנבחן ניתן להגיע בשתי דרכים: האחת, דרך דיון עקרוני בשאלה אם תכלית ההרתעה יכולה להיחשב לראויה. דיון כזה מחייב הכרעה ערכית כללית – האם תכלית של הרתעת מסתננים עתידיים מלהסתנן היא ראויה והולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? על השופט להכריע אם המחוקק רשאי לפעול לטובת הגשמתה.²⁹

הדרך השנייה היא הקביעה כי בשל האמצעי שננקט, משמורת בענייננו, התכלית האפשרית היחידה היא גירוש. דרך זו אינה תוצאה של ניתוח ערכי בדבר תכליות לגיטימיות, שכן היא שוללת אפרוריות את האפשרות לבחון את הלגיטימיות של תכליות אחרות. לפיכך דרך זו חייבת להישען על מקור חיצוני כלשהו.

אם נחזור להצגה התבניתית, ההיגד "אין להשתמש באמצעי X אם לא ניתן להגשים באמצעותו את תכלית Y" אינו יכול לשקף עמדה בשאלת התכלית הראויה, שכן הוא נסמך על ההנחה שרק תכלית Y באה בחשבון. היגד כזה חייב להתבסס על אחת משתי אפשרויות: או שהוא מבוסס על בחינת תכליות מוקדמת, שבמהלכה נפסלו יתר התכליות שבאו בחשבון ונשארה אפשרית רק תכלית Y; או שהוא נשען על מקור חיצוני המחייב את ההנחה הזאת. כפי שנראה, לשם כך גויס ה"עיקרון" בחלק מחוות הדעת כדי לשמש מקור חיצוני לתוצאה המבוקשת.³⁰

נסכם: ה"עיקרון" כפי שהוצג בפסקי הדין הוא כלל רוחבי קטגורי, הקובע ש"אין להשתמש באמצעי X (משמורת) אם לא ניתן להגשים באמצעותו את תכלית Y (גירוש)". כלל כזה אינו יכול לייצג איזון של מידתיות (מבחנים של יחס בין אמצעי למטרה, בין תועלת לנזק) וגם אינו יכול לייצג בחינה אם תכלית ראויה היא (באשר הוא מצמצם את הלגיטימיות של השימוש באמצעי לתכלית אפשרית אחת בלבד). לפיכך המסקנה היא כי ה"עיקרון" הוא גורם המשמש לביקורת החקיקה מחוץ לעולמה של פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

28 ראו למשל עניין איתן, לעיל ה"ש 5, פס' 49 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

29 זו דרך הניתוח שבה הלכה השופטת ארבל בעניין איתן (שם, פס' 5 לפסק דינה), גם שופטים אחרים אימצו אותה. יש להדגיש כי הנחת המוצא שלפיה ה"תכלית" הנבחנת היא "הרתעה" או "גירוש" איננה נקייה מספקות. ריסון שיפוטי מורה לבחון את התכלית ברמת הפשטה גבוהה יותר. היה ניתן לקבוע כי ה"תכלית" שאותה יש לבחון היא "מניעת הסתננות עתידית אל תוך ישראל" או כיוצא בזה, כפי שאכן מציע השופט עמית בעניין איתן (שם, פס' 10 לפסק דינו). לעניין רמת ההפשטה בקביעת התכלית, השוו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 169 (2016) (להלן: מדינה זכויות האדם); אולם סוגיה זו ראויה לדיון נפרד.

30 כפי שנראה להלן, השופט נאור השתמשה גם היא ב"עיקרון" הן בפרשת איתן (לעיל ה"ש 5) הן בפרשת דסטא (לעיל ה"ש 8), אף שלכאורה לא היה בכך צורך, שכן היא אימצה את ההכרעה הערכית השוללת את הלגיטימיות של התכלית ההרתעתית.

ד. השימוש ב"עיקרון" בשלושת פסקי הדין

1. בפרשת אדם: "עיקרון מושרש בפסיקתנו"

פסק הדין המרכזי בעניין אדם נכתב בידי השופט ארבל. ארבל סקרה בחוות דעתה את הפסיקה הנזכרת למעלה הנוגעת ליישום חוק הכניסה לישראל ולדרך שהתווה בית המשפט לפרשנותו, אולם לא מצאה בה "עיקרון יסוד פסיקתי" המשליך על שאלת עמידתו של החוק בדרישות החוקתיות. את הכרעתה השתיתה על שאלת המידתיות לאחר ניתוח חוקתי סדור לפי מבחני פסקת ההגבלה, וכמוה נהגו רוב חברי ההרכב.

השופטים פוגלמן ונאור לא הסתפקו בכך. אף שהסתמכו על חוות הדעת של ארבל והסכימו לה, הם נדרשו לקיומו של "עיקרון יסוד". פוגלמן הזכיר את "עיקרון היסוד" בסקרו את המצב החוקי שקדם לתיקון החוק. הוא עמד במפורש על כך שמחמת "עיקרון יסוד" זה, שהנחה את פרשנות חוק הכניסה לישראל, היה בלתי אפשרי להסתפק בסמכויות שמכוח חוק זה, ונוצר הכרח בהסדר חקיקתי חדש, שיאפשר להתמודד עם מסתננים שהמדינה אינה יכולה לגרשם.³¹ בהמשך שב פוגלמן והזכיר את ה"עיקרון" בזיקה למבחן המידתיות השלישי, לכאורה כאינדיקציה לכך שההסדר שבחוק סוטה סטייה ניכרת מן המקובל בישראל ובעולם.³² אולם גם הפעם הקפיד פוגלמן לשים את הכלל בהקשרו הנכון – פרשנות של חוק הכניסה לישראל. מסקנתו של השופט פוגלמן בדבר חוסר המידתיות בהסדר שקבע החוק עומדת בפני עצמה ואיננה נסמכת על קיומו של כלל משפטי רוחבי. למעשה, אף שהשופט פוגלמן התייחס מילולית לקיומו של "עיקרון יסוד", בשלב זה של הדיון הנמקתו אינה שונה מהותית מעמדת הרוב.

בניגוד לפוגלמן, השופט נאור הציגה את ה"עיקרון" ככלל משפטי בעל תחולה רוחבית והשתיתה עליו את יסודות חוות דעתה הקצרה. חוות דעתה נפתחת כך:

"בעת חקיקת התיקון לחוק מושא העתירה ביום 9.1.2012 כבר היה עקרון מושרש בפסיקתנו, לפיו לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים. הדברים נזכרו בפסקי הדין של חבריי, אך ברצוני להדגיש: כבר בשנות ה-50 נקבע כי תוקפו של מעצר מכוח צו גירוש אינו מוסיף לעמוד אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי".³³

השופט נאור המשיכה וסקרה את השתלשלותה של הפסיקה בעניין כשהיא כמעט מבליעה את ההקשר של פסיקה זו – פרשנותו של חוק הכניסה לישראל והסמכויות שהוא מקנה – וסיכמה לבסוף כי לאור הפסיקה האמורה יש להכריז על בטלותו של החוק דנן. להרף עין פנתה נאור כביכול אל המסגרת המקובלת של ניתוח חוקתי וסיווגה את השימוש בעיקרון לשאלת המידתיות: "במונחים חוקתיים, ניתן לומר, כפי שצינו חבריי, כי האמצעי שננקט, אמצעי המעצר הממושך, אינו מידתי", אך מיד חזרה אל עוגן הטיעון שלה, הלא הוא "עקרונות היסוד של השיטה": "אמצעי זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של

31 ראו לעיל ה"ש 23.

32 עניין אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 32–36 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

33 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת נאור.

השיטה המשפטית שלנו ואף לא – כפי שהראו חבריי, עם המקובל בעולם.³⁴ נאור הוסיפה כי המדינה רשאית לחפש דרכים חוקיות להרחקת המסתננים, ודרכים חוקיות לשיטת נאור הן "דרכים התואמות את פסיקתו של בית משפט זה ואת המקובל במשפט הבין לאומי".³⁵ כאמור, נאור רואה ב"עיקרון" כלל קטגורי האוסר על פרקטיקה מסוימת בלי קשר לשאלת התכלית, מחמת הסתירה שיש בו ל"עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו". אילו היה מוכרע כבר בשלב הזה כי תכלית ההרתעה אינה ראויה, הרי שה"עיקרון" היה תוצאה מתבקשת של מבחן המידתיות הראשון, כאמור לעיל. אולם בחוות דעתה בפרשת אדם טרם הכריזה נאור כי לדעתה תכלית הרתעתית אינה ראויה.³⁶ המסקנה היא כי משמעות ההסתמכות של נאור על ה"עיקרון" היא צמצום התכליות האפשריות לחוק לכדי תכלית אחת – תכלית הגירוש.

2. בפרשת איתן: "כלל שאין בלתו"

עקרון התליית המשמורת בגירוש שב והופיע בפרשת איתן במעמד משופר ועמוס כאחד, כשאת דעת הרוב כתב השופט פוגלמן. הפעם זנח פוגלמן את הקשרו של ה"עיקרון" – כלל ביישום חוק הכניסה לישראל – והציג אותו כפי שעשתה נאור בעניין אדם, ככלל משפטי בעל תחולה רוחבית שמכוחו ניתן לבחון חקיקה ראשית ואף לבטלה. בתחילה, בדיון על תכלית החוק, בחן פוגלמן את הלגיטימיות של שתי התכליות – הרתעה וגירוש. בדונו בתכלית הגירוש³⁷ הציג את ה"עיקרון" ואת מקורותיו בפסיקה, בצינו כי זו "ההלכה הפסוקה בעניינו של סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, היפה גם לעניינו", ובהסתמך עליו קבע כי "לצורך כך [=גירוש] – ולצורך כך בלבד – רשאית המדינה להחזיק אדם במשמורת". מסקנת דיונו בתכלית הגירוש היא כי "אין פגם במישור התכלית בחוק שמטרתו לאפשר החזקה במשמורת לשם מימוש הליכי גירוש אפקטיביים".³⁸ יש לשים לב כי התכלית (גירוש) לגיטימית לשיטתו רק בתנאי שהיא בת

34 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור: "לאור פסיקתו של בית משפט זה – הצו ההחלטי מתבקש. במונחים חוקתיים ניתן לומר, כפי שצינו חבריי, כי האמצעי שננקט, אמצעי המעצר הממושך, אינו מידתי. אמצעי זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו, ואף לא – כפי שהראו חבריי, עם המקובל בעולם. אכן, יש זיקה בין עוצמת הפגיעה החוקתית, לעניינו פגיעה בזכות חירות, לבין בחירת האמצעי המידתי להתמודד עם הפגיעה. אין ספק כי מדובר בענין סבוך ומורכב. כפי שהראו חבריי – פנים רבות לו. עם זאת, והדברים נאמרים על דרך השלילה – לא ניתן להתמודד עמו בדרך של מעצר ממושך".

35 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת נאור. הקישור בין "המקובל במשפט הבין-לאומי" לבין ביקורת חקיקה אינו הולם את שיטת המשפט הישראלית, הנוקטת עמדה דואלית בקשר למשפט הבין-לאומי וממילא קובעת כי חוק של הכנסת לעולם גובר על המשפט הבין-לאומי אם סותר אותו. ראו למשל בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, ובפרט פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). אולם עניין זה זוקק דיון בפני עצמו.

36 בפסק הדין בעניין אדם, גם השופטת ארבל נמנעה מלקבוע כי תכלית הרתעתית אינה אפשרית, כפי שהייתה עתידה לקבוע בעניין איתן (לעיל ה"ש 5), אף שצינה כי היא "מעוררת קשיים לא מבוטלים" (ראו עניין אדם, לעיל ה"ש 3, פס' 85 ואילך לפסק דינה).

37 עניין איתן, לעיל ה"ש 5, פס' 51 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

38 שם.

השגה (אפקטיביים) ואינה נבחנת כשלעצמה. זהו הביטוי של הכפפת התכלית ל"עיקרון"³⁹, כפי שיוסבר להלן, ולכאורה עולה ממנו כי חוק המתיר משמורת ייכון רק לתכלית של גירוש. בדונו בתכלית ההרתעתית⁴⁰ עמד השופט פוגלמן על הקושי בהסתמכות עליה כתכלית יחידה מחמת העמדה השוללת מעצר אדם לצורך הרתעת אחרים.⁴¹ אולם השופט פוגלמן נמנע מלהכריע ולפסול את תכלית ההרתעה מטעם זה. בהמשך חוות דעתו נבחנת כל אחת משתי התכליות – הרתעה וגירוש – במבחני המידתיות, בחינה שמסקנתה היא בטלות החוק. בשלב השני של פסק הדין קיבל "עקרון היסוד" משקל נוסף בפולמוס שניהל פוגלמן עם הנשיא גרוניס. גרוניס שלל את הרעיון כי בית המשפט הוא שיקבע את מספר חודשי המשמורת האפשריים במסגרת מה שכינה "שאלה חוקתית כמותית".⁴² לשאלתו הרטרית מהו מספר חודשי המשמורת שייחשב "חוקתי" השיב פוגלמן כי החוקתיות אינה תלויה במשך הזמן כי אם "בשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי". השאלה היא, מחדד פוגלמן, "האם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי", והוא משיב לה, "כפי שהשיב לפניי בית משפט זה בפסיקה ענפה" – "בשלילה מוחלטת".⁴³

בסבב נוסף של הפולמוס דוחה פוגלמן את הצעתו של גרוניס להגביל את ההחזקה במשמורת בדרך של פרשנות תחת ביטול החוק, וקבע נחרצות: "זהו הכלל שהתגבש בפסיקתנו, ואין בלתו: החזקה במשמורת מחייבת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי".⁴⁴ לאור כלל זה קבע פוגלמן כי כל חקיקה המסמיכה החזקת מסתנן במשמורת לתקופה ארוכה מחייבת "ליתן ביטוי לקשר שבין הליך ההרחקה לבין ההחזקה במשמורת",⁴⁵ ואם לא עושה כן הריהי בטלה.

נוכחותו של ה"עיקרון" אפוא דומיננטית, אולם תפקידו ב"תרשים הזרימה" של פוגלמן בדרך לביטול החוק לא נוסח בבירור כדבעי. אפשרות פרשנית אחת היא כי פוגלמן אימץ, בניגוד לדבריו בתחילת חוות דעתו, את הגישה השוללת שלילה רוחבית את התכלית ההרתעתית כתכלית יחידה, משום שיש בה שימוש פסול באדם כאמצעי.⁴⁶ אם אומנם כך הדבר, הרי שהתכלית היחידה שנותרה לגיטימית היא תכלית הגירוש. או אז ה"עיקרון" הקובע כי אי אפשר להחזיק אדם במשמורת אם הגירוש אינו בר מימוש מבטא כאמור ניסוח ספציפי של מבחן המידתיות הראשון.

39 הניסוח המתבקש של מסקנת דיון בתכלית אמור היה להיות "אין פגם במישור התכלית בחוק שמטרתו גירוש". הכפפת התכלית ל"עיקרון" הכניסה אל תוך מסקנת התכלית גם את האמצעים וגם את הנסיבות, כפי שיורחב להלן.

40 עניין איתן, לעיל ה"ש 5, פס' 52 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

41 בהמשך לדיון שפיתחה השופטת ארבל בעניין אדם (לעיל ה"ש 3, פס' 85–93), דיון הנמשך גם בחוות דעתה בעניין איתן (לעיל ה"ש 5), ומסתמך בין היתר על דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) ופסקי דין נוספים.

42 עניין איתן, לעיל ה"ש 5, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

43 שם, פס' 193 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

44 שם, פס' 199.

45 שם.

46 כאמור לעיל, זו העמדה שאימצה בפרשת איתן השופטת ארבל (לעיל ה"ש 5, פס' 5), ובעקבותיה גם הנשיאה נאור (שם, פס' 2). השופט עמית חלק על העמדה הזו ועל יישומה בהקשר דנן (שם, פס' 10).

האפשרות השנייה להבנת עמדתו של פוגלמן היא כי ה"עיקרון" ממלא תפקיד חשוב בזיהוי התכלית. פוגלמן בחר, כפי שהצהיר, שלא לפסול את תכלית ההרתעה לגופה, אולי בשל השלכות הרוחב של קביעה כזו. אולם ההתבססות על ה"עיקרון" מאפשרת, כפי שהוסבר בפרק הקודם, לצמצם את קשת התכליות הלגיטימיות ולהעמידה על גירוש בלבד: אם החוק מאפשר משמורת, משמע תכליתו היא גירוש. כך ה"עיקרון" משמש כלל משפטי רוחבי המחייב בדרך דדוקטיבית תוצאה של תכלית לגיטימית אחת בלבד.⁴⁷

אפשרות זו נראית הולמת יותר את דבריו של פוגלמן. ראשית, פוגלמן עצמו הצהיר כזכור כי אינו פוסל את התכלית ההרתעתית לגופה למרות הספקות שהוא מעלה בעניינה. שנית, רק כך מובן המקום החשוב שה"עיקרון" ממלא בהנמקתו והצורך שבהסתמכות עליו לדחיית טענותיו של השופט גרוניס. הרי המסקנה כי אין להחזיק אדם במעצר לשם גירוש אם גירוש אינו אפשרי היא תוצר של כלל המידתיות הראשון, ואין צורך בהצהרה על "עיקרון". נוסף על כך, ניסוחו של ה"עיקרון" ככלל א-פריורי, כפי שמנסח אותו פוגלמן, הולם את השימוש הזה: קביעה כי משמורת תיתכן רק לצורך מימוש גירוש, כלומר תכלית אחת בלבד באה בחשבון.

השופט נאור שבה גם היא והסתמכה על ה"עיקרון". היא ציינה בקיצור כי "חוקיותו של הסדר זה תלויה גם בשאלה אם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא נתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי". היא השיבה לשאלה זו בשלילה בשל "עקרון מושרש בפסיקתנו... כי לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים" וכי 'תוקפו של צו מעצר מכוח צו גירוש אינו מוסיף לעמוד אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי'.⁴⁸ אף שכאמור לעיל מקורו של כלל זה בפרשנות חוק הכניסה לישראל במסגרת פסק דין מנהלי, זו הפעם היה בידי השופט נאור להיתלות בפסק דין חוקתי הטוען לקיומו של כלל רוחבי בעל חשיבות חוקתית, כלומר להפנות לחוות דעתה בפסק הדין שניתן זה לא מכבר בעניין אדם. בד בבד קיבלה נאור גם את הכרעתה של השופטת ארבל כי תכלית של הרתעה אינה תכלית ראויה כשלעצמה, ומשום כך תכלית הגירוש היא התכלית הלגיטימית האפשרית היחידה. לפיכך החזקה במשמורת ללא אפשרות גירוש "אינה צולחת את מבחני המידתיות".⁴⁹

תפקידו של ה"עיקרון" והצורך בו בחוות דעתה אינם ברורים כל צורכם. ההסתמכות על ה"עיקרון" בעניין איתן היא אפוא הסתמכות איתנה, גם אם אינה בהירה. היא משמשת מקור חשוב בחוות הדעת הראשית של הרוב. לדעתי, ה"עיקרון" משמש את השופט פוגלמן לקביעת התכלית האפשרית היחידה ללא צורך בהנמקה מפורטת. החזקה במשמורת אפשרית רק לתכלית של גירוש, ולפיכך אם קבע החוק סמכות משמורת, הרי שתכליתו היא גירוש; ממילא מתבקש כי ההחזקה תוגבל למצבים שבהם הגירוש בר ביצוע.

47 לאור החלטת העיקרון מצר השופט פוגלמן (שם, פס' 77) את מרווח התמרון של המחוקק גם בנוגע לממצאיו שלו באשר לסטנדרטים מקובלים בעולם. סטנדרטים אלו מתירים החזקה במשמורת למשך כמה חודשים גם ללא תלות בשאלת קיומה של אפשרות גירוש, ורק הארכת המשמורת ליותר מחודשים אלו מחייבת קיומו של הליך גירוש אפקטיבי. ראו גם את הערתו של הנשיא גרוניס, שם, פס' 53 לפסק דינו.

48 שם, פס' 1 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (כתוארה אז).

49 שם, פס' 2.

זאת בניגוד לדבריו המפורשים בפסק הדין בעניין אדם, כזכור, ולפיהם כל תכליתו של המהלך החקיקתי הייתה לאפשר את מה שחוק הכניסה לישראל אינו מתיר. יתר חברי ההרכב בפרשת איתן, כמו בעניין אדם, נמנעו מלהסתמך על "עיקרון" זה. אלו שהיו בדעה כי יש להכריז על בטלותו של החוק נימקו את דעתם בשיקולי מידתיות בלבד. השופט גרוניס, מוביל עמדת המיעוט, פקפק במפורש בקיומו של "עיקרון" כזה.⁵⁰

3. בפרשת דסטה: כפיית פרשנות

הסדר המשמורת שעמד לביקורת בגלגולו השלישי של החוק קבע שלושה חודשי משמורת למסתננים עתידיים. גם הפעם נטען כלפיו כי תכליתו אינה ראויה, וכי איננו מידתי. הפעם כתבה את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין הנשיאה נאור. בהמשך לדעתה בעניין איתן הכריעה נאור גם הפעם כי העובדה שהחוק קובע שימוש באמצעי של משמורת מחייבת להכיר בתכלית לגיטימית יחידה והיא ברור זהותו של המסתנן ובדיקת אפיקי גירוש. התכלית של הרתעה לצורך יצירת מוטיבציה שלילית אצל מסתננים עתידיים הוכרזה אפשרית כתכלית נלווית בלבד.⁵¹ לכאורה די היה בניתוח זה, במסגרת פסקת ההגבלה, כדי להוביל לסעד החוקתי,⁵² אולם השופטת נאור בחרה גם הפעם להסתמך על "העיקרון הפסיקטי" ולהדגיש בראש דבריה כי האפשרות להחזיק מסתנן במשמורת עומדת רק כל עוד הגירוש ייתכן.⁵³ ה"עיקרון" נוכח אפוא בהנמקתה, כשגם הפעם תפקידו המדויק עמום.

לאור הכרעה זו קבעה נאור כי יש לפרש את הוראותיו של החוק לפי התכלית של זיהוי המסתנן ומיצוי אפיקי ההרחקה. המשמעות המעשית היא שהחזקתו של מסתנן עתידי במשמורת תתאפשר רק כאשר יש אפיק גירוש אפקטיבי, אף שהסעיף שבחוק המורה במפורש על שחרורו ממשמורת רק בחלוף שלושה חודשים נותר כפי שהוא.⁵⁴ כלומר, מסתנן שזוהה בתוך פרק זמן קצר יותר, ונמצא כי אין אפשרות מעשית לגרשו באותה העת, ישוחרר לאלתר. לכך הסכים גם השופט פוגלמן.⁵⁵ פרשנות סבירה של החוק שתתאים את יישומו לחוקי היסוד נתפסת, בצדק, כמהלך מרוסן וצנוע לעומת הכרזה על בטלותו של סעיף,⁵⁶ ולכן הקדישה הנשיאה נאור מאמץ ניכר להראות כי הפרשנות שכפתה על החוק היא פרשנות סבירה ללשונו.⁵⁷

באי כוח המדינה והכנסת הצהירו בדיון (במענה לשאלת בית המשפט) כי זו פרשנותו של החוק גם לעמדת שולחיהם, מה שהקל על בית המשפט להכתיב את פרשנותו.⁵⁸ ספק עד

50 שם, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

51 עניין דסטה, לעיל ה"ש 8, פס' 35 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

52 בדומה לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין אדם (לעיל ה"ש 3), ובדומה לדרך שבה הלכו יתר השופטים בשלוש הפרשיות.

53 עניין דסטה, לעיל ה"ש 8, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

54 שם פס' 41.

55 שם, פס' 5–8 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

56 ראו למשל שם, פס' 52 לפסק דינו של השופט גרוניס; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

57 עניין דסטה, לעיל ה"ש 8, פס' 39–48 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

58 שם, פס' 46.

כמה אכן שיקפה הצהרה זו את עמדות הממשלה והכנסת. בדברי ההסבר לחוק הסבירה הממשלה כי תכליות המשמורת הן גם הרתעה וגם גירוש.⁵⁹ בדיוני ועדת הפנים של הכנסת הציע היועץ המשפטי של הכנסת לכתוב במפורש כי ההחזקה במשמורת תוכפף לקיומו של הליך הרחקה אפקטיבי, אולם הצעתו לא התקבלה.⁶⁰ בדיונים במליאת הכנסת, כשהוצג החוק בידי יושב ראש ועדת הפנים, לא הועלתה כלל האפשרות של קיצור המשמורת לפחות משלושה חודשים.⁶¹ האפשרות כי המשמורת תתאפשר רק כל עוד קיים הליך הרחקה אפקטיבי עמדה אפוא לפני המחוקק ולפני הממשלה, ולא התקבלה על ידיהם.

4. אופן השימוש ב"עיקרון": סיכום

"עקרון היסוד" ממלא תפקיד חשוב בהכרעותיהם של השופטים נאור ופוגלמן אף שתפקידו המדויק לעיתים עמום. בעניין אדם ראתה בו השופטת נאור משום "עקרון יסוד" בעל תחולה כלל-משפטית, ומכוחו קבעה כי לא תיתכן החזקה במשמורת אלא לצורך גירוש וכשהגירוש אפשרי. כלומר, נאור ראתה בו למעשה כלל המצמצם את מבחר התכליות האפשריות עבור החוק. כשכתב השופט פוגלמן את חוות הדעת המרכזית בעניין איתן, אימץ הוא את עמדתה של נאור בעניין אדם: הוא הפך את כלל הפרשנות שנולד בזיקה לחוק הכניסה לישראל לכלל בעל תחולה רחבה הממלא תפקיד בהכרעה בדבר אי-חוקתיות. הצעתי שני אופנים להבנת דבריו: האחד, כי כלל הפרשנות הזה אינו פועל במישור התכלית אלא משמש כלל הכרעה של מידתיות; השני, שלדעתי מסתבר יותר, הוא כי פוגלמן סבר שבכוחו של הכלל

59 הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים אחרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014, ה"ח הממשלה 422. בהתייחסות הכללית לסעיף הנדון נכתב כי "התיקון המוצע בסעיף 1 להצעת החוק כולל שורה של הסדרים, שתכליותיהם שלובות זו בזו. הוא נועד לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתכן למדינת ישראל, ולצמצם את התמריץ לכך. התיקון המוצע יאפשר לרשויות המדינה למצות את הליכי זיהוי של המסתנן, הסדרת מסמכי נסיעה בעבורו ומיצוי הליכי יציאתו והרחקתו מישראל" (שם, בעמ' 424). צמצום התמריץ הוא לשון נקייה להרתעה, כפי שמציין בצדק גם בית המשפט. בהתייחסות הספציפית לסעיף 30א(ג) נכתב כי "קביעת תקופת משמורת בת שלושה חודשים, הארוכה מהתקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל (60 ימים), נדרשת בין השאר כדי למצות את הליכי הזיהוי והגירוש של מסתנן, ובכלל זה זיהוי מוצאו, הסדרת מסמכי נסיעה בעבורו ומיצוי אפיקי יציאתו או הרחקתו מישראל" (שם, בעמ' 425). בהמשך נכתב כי קביעת התקופה נעשתה בין השאר לאור עיקרי הביקורת של בית המשפט העליון, "וכן לאור התכליות המרכזיות שעמן נועד החוק להתמודד, כמפורט לעיל" (שם, בעמ' 426). אין בדברי ההסבר התייחסות מפורשת או מרומזת לקיצור התקופה בשל היעדר היתכנות לגירוש.

60 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 429 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19 (2.12.2014). היועץ המשפטי של הכנסת סבר כי יש להכניס לתוך נוסח החוק הוראה מפורשת שלפיה ברגע שבו התבררה זהותו של המסתנן, ונמצא כי "אין אפשרות מעשית קרובה" להרחקתו, הוא ישוחרר לאלתר (שם, בעמ' 9–10). היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין הציע כי תיקבע תקופה של החזקה שאינה תלויה בשאלת היתכנות הגירוש, ולאחריה תקופה שתהיה תלויה בשאלה זו (שם, בעמ' 22). יו"ר הוועדה הודיעה כי יוכנס שינוי לפי הצעת היועץ המשפטי לכנסת, אולם לבסוף לא קרה הדבר, והכנסת אישרה בקריאה שלישית את הנוסח המקורי בעניין זה. הנוסח קובע כי הממונה רשאי לשחרר מסתנן בערובה לפי רשימה של עילות, הומניטריות בעיקרן (סעיף 30א(ב) לחוק), והממונה חייב לשחרר מסתנן בערובה "אם חלפו שלושה חודשים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת" (סעיף 30א(ג) לחוק).

61 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 435 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19 (8.12.2014).

לחייב זיהוי תכלית אחת בלבד כלגיטימית, וכך לפסול את החוק בשלב מקדמי של בחינת התכלית. בעניין דסטה קבעה השופטת נאור כי התכלית הלגיטימית היחידה להסדר, לפי האמצעים הכלולים בו, היא גירוש מישראל. כפועל יוצא מכך אימצה פרשנות מצמצמת של החוק הכתוב כתנאי לחוקתיותו. השופטת נאור ביססה את דבריה גם על ה"עיקרון" אף שלכאורה לא היה בכך הכרח, שכן כבר בעניין איתן היא קבעה שתכלית הרתעתית אינה יכולה לעמוד בפני עצמה. התפקיד שמילא ה"עיקרון" בהכרעתה זו אינו ברור כל צורכו.

וכך החוק למניעת הסתננות, שנחקק כדי להרחיב את מנעד הכלים שבידי השלטון נוסף על אלו שחוק הכניסה לישראל מעניק, הפך בסופו של דבר בהיבט המשמורת לחוק כמעט זהה לחוק הכניסה לישראל. בשני החוקים סמכות ההחזקה במשמורת נלווית לסמכות הגירוש וכפופה לה.⁶² במבט לאחור, כדי להאריך קמעה את תקופת המשמורת המרבית בנסיבות המתאימות היה די בתיקון קל בחוק הכניסה לישראל.⁶³

מבחינת התוצאה ברור לאן חתר בית המשפט. השופטים היו נחושים בדעתם למנוע יצירת מסלול של מעצר מנהלי בישראל, כלומר שלא ישוב אדם בישראל במעצר אף יום אחד שלא במסגרת הליך פלילי או לקראת גירושו כדין. אל היעד הזה ניתן להגיע דרך ניתוח רגיל וסדור של פסקת תנאי ההגבלה, כפי שאכן עשו רוב חברי ההרכב בחוות דעתם: לקבוע כי תכלית הרתעתית אינה תכלית לגיטימית,⁶⁴ או כי אמצעי המשמורת אינו מידתי ביחס אליה בנסיבות הללו (מידתיות מבחן שלישי), וכי לשם הגשמת תכלית הגירוש יש להקפיד כי המשמורת תתבצע רק כל עוד גירוש ייתכן (מידתיות מבחן ראשון). אולם השופטים נאור ופוגלמן בחרו להסתייע ב"עקרון יסוד" א-פריורי. מקומו בדיון אינו עקיב, תפקידו לא תמיד ברור, ומשנה סדורה בעניינו איננה מוצגת, ובכל זאת הוא נוכח בעוצמה בחוות הדעת שלהם ופורס חסותו על הכרעותיהם. בחלק מן המקרים, לכל הפחות, ברור שהוא איננו משקף תוצאה של מבחני מידתיות, וכי הוא מחליף הכרעה ערכית בדבר כשרותן של תכליות.

ה. השימוש ב"עקרון היסוד" – השלכות על הניתוח החוקתי

אקדים הערה מתודולוגית: הדיון שלהלן עוסק ברמה התיאורטית בהשלכות של השימוש ב"עקרונות יסוד" בהליך הביקורת החוקתית. אין הכוונה לומר כי השימוש שנעשה ב"עיקרון" בפרשות דנן אכן מביא לידי ביטוי את כולן. כאמור, אופן השימוש ב"עיקרון" בפרשות דנן אינו ברור ואינו עקיב, אולם הואיל והפרשות דנן מדגימות שימוש כזה, וכפי שעוד יוסבר יש בכך משום איתות על מגמה חדשה, ראוי לנתח את המגמה ברמה העקרונית.

62 ראו עניין דסטה, לעיל ה"ש 8, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

63 את הארכת משך הזמן המקסימלי להחזקה במשמורת מחודשיים (בחוק הכניסה לישראל) לשלושה חודשים (בחוק למניעת הסתננות), הצדיק בית המשפט בעניין דסטה (שם) בכך שבאחרון מדובר במסתנים שלא נכנסו דרך נקודת גבול מוכרת ולעיתים אינם נושאים עמם כל מסמך מזהה. עובדה זו עשויה להאריך מעט את תקופת הזיהוי ובדיקת אפיקי הגירוש. על רקע זה, במבט לאחור, די היה בתיקון קל בחוק הכניסה לישראל, ויצירת מסלול חוקי מקביל בחוק למניעת הסתננות נראית מיותרת.

64 כאמור, קביעה כזו מעוררת שאלה בפני עצמה. ראו לעיל ה"ש 29.

סקירת פסקי הדין דנן בפרספקטיבה של השימוש ב"עיקרון" העלתה ארבע נקודות: א. השימוש בעיקרון בא תחת ניתוח בהיר של מידתיות; ב. השימוש ב"עיקרון" מאפשר הכרעה בשאלת חוקתיות ההסדר בשלב מוקדם של בחינת התכלית ומייתר דיון בשאלות של מידתיות; ג. השימוש ב"עיקרון" עשוי לשמש תחליף לדיון מהותי בכשרותן של תכליות; ד. השימוש ב"עיקרון" הוא פסילה של תכליות לפי האמצעים שנבחרו להגשמתן. להלן נדון במסקנות האלה כסדרן.

1. שימוש ב"עיקרון" כתחליף לניתוח מידתיות

אם אומנם השימוש ב"עיקרון" (בייחוד בחוות דעתו של השופט פוגלמן בעניין איתן) לא בא אלא לשקף הכרעה של מידתיות, כי אז מתעוררת מבוכה מתודולוגית. כאמור לעיל, אין צורך בכלל משפטי רוחבי כדי לשלול שימוש באמצעי פוגעני שאין בכוחו להגשים את מטרתו. ודאי שאין צורך לתלות כלל כזה בפסיקה קודמת, או לקשור לו כתרים של "עקרון יסודי". זו הרי תוצאה מתבקשת של מבחן המידתיות הראשון, התובע קשר רציונלי בין האמצעי ובין התכלית שהוא בא להגשים, וגם של המבחן השלישי, הבוחן את התועלת הצפויה לצמח מן השימוש באמצעי הנדון. באין תועלת, החריגה מן המידה ברורה מאליה. הבנת השימוש ב"עקרון היסודי" בדרך זו מעלה תהייה בדבר כל השימושים שעשו בו השופטים נאור ופוגלמן בפסקי הדין דנן. ההערות שלהלן יתייחסו לאפשרות הפרשנית האחרת, ולפיה ה"עיקרון" משמש להגבלת התכליות הבאות בחשבון על רקע השימוש באמצעי המשמורת. אפשרות זו, שכאמור נראית לי משקפת יותר את חוות הדעת של השופטים, מעוררת קשיים נורמטיביים נכבדים.

2. הקדמת ההכרעה החוקתית לשלב התכלית

הניסיון להקדים את הדיון בכשרותו של החוק לשלב בחינת התכלית, ובכך לייתר את העיסוק במידתיות, אינו חדש עימנו. להלכה, הלך בית המשפט העליון כברת דרך ארוכה בהגבהת הרף של התכלית הראויה. לא די בכך שתכלית החוק תהא "להגשים מטרת חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל" – כפי שעולה בפשטות מלשונה של הוראת חוק היסוד – כדי שיהיה ניתן לעבור לשאלת מידתיות ההסדרים הקבועים בו; בית המשפט דרש גם שמטרתו תהייה "רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל",⁶⁵ ולפי דעה אחת אף "רגישות לזכות הנפגעת ממש, כפי שהיא מתגלה בנסיבות הנבחנות".⁶⁶ כלומר, התכלית אינה נבחנת כשלעצמה אלא לאור האמצעי שנבחר להגשמתה. בית המשפט קבע גם כי ככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך יידרש כי החוק נועד להגשים "מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ", וכל זאת כדי שייחשב לבעל תכלית ראויה.⁶⁷

65 ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

66 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פס' 23 לפסק דינו של השופט (בדימוס) לוי (2012).

67 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 67, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כך, להלכה, הוסט חלק מהדגש בביקורת החוקתית ממבחני המידתיות אל עבר שאלת התכלית. אולם למעשה עד כה לא מיהר בית המשפט להכריז על תכליות שהן לא ראויות. בהכרעותיו נקט בית המשפט ריסון והקפיד להסמיך את פסיקתו על מבחני המידתיות אף אם הביע מדי פעם אי-נחת מתכליות מסוימות.⁶⁸

המגמה המסתמנת כעת להסתמך על "עקרונות יסוד" לביקורת התכלית מעצימה את יכולתו של בית המשפט לבקר תכליות של המחוקק בשלב מוקדם. לביקורת מוקדמת כזו יש מחיר. הדיון בשאלת היותה של תכלית ראויה מחייב בדרך כלל קביעה בינארית. הכרעה לשלילה משמעותה הכרזה כי המחוקק, שלוחו של העם, פעל מתוך כוונה פסולה וביקש להגשים מטרה אסורה.⁶⁹ מלבד המשמעות מרחיקת הלכת של קביעה כזו במישור יחסי הרשויות, היא מחייבת הכרעה ערכית שקשה לנמקה,⁷⁰ בדומה לשיטת האיוונים האנכיים שנקט בית המשפט בעבר.⁷¹ כך למשל לא יהיה מי שיחלוק על שחירות הביטוי היא מעקרונות היסוד של שיטתנו. אם הכרעה במקרה קונקרטי תיעשה על סמך מעמדה זה, באופן בינארי, עלול כל חוק הקובע הסדר הנוגע לחירות הביטוי להימצא בעל תכלית שאינה ראויה.

מנגד, בדיון במסגרת בחינת המידתיות כלי המשחק הם איוונים ופשרות. הם מאפשרים לבית המשפט לנתח בשיטתיות את התועלות ואת הנזקים של ההסדר המוצע ושל החלופות האפשריות ואת השלכותיהם על הזכויות הנפגעות, כדי להגיע לתוצאות מדויקות יותר.⁷² בשתי הדרכים מערב בית המשפט נקודת מבט ערכית-אישית, אולם ראוי יותר שזו תיושם בדרך המאזנת והמפשרת, דרך של דו-שיח ובחינת חלופות, דרך המתחשבת בנסיבות קונקרטיות, ומטבעה גם שהיא גלויה ומנומקת יותר, ולא בהכרעות חותכות בשאלה מה ראוי. גם בענייננו משמעות ההקדמה של הפסילה לשלב התכלית היא בחירה בדרך הבינארית ולא בדרך המאזנת והמפשרת. ההסתמכות על "עקרונות יסוד" משמעותה החמצת ההזדמנות לחפש אחר איוונים ופשרות לאור הנסיבות. בדיקה פרטנית של ההסדר במבחני המידתיות מחייבת את השופט להתעמת עם כלל ההיבטים, לרבות הנסיבות הספציפיות שבהן נחקק החוק. בענייננו, הנסיבות הללו כוללות בין היתר את האתגר יוצא הדופן שעזמו מתמודדת ישראל, המדינה המפותחת היחידה אשר חולקת גבול יבשתי עם יבשת אפריקה. ואכן, בחינה כזו לפי מבחני המידתיות הביאה חלק משופטי ההרכבים בפרשיות דנן

68 מדינה זכויות האדם, לעיל ה"ש 29; ברק מדינה ואילן סבן "זכויות אדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיג אתג' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים 47, 87-107 (2009); ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפטים 281, 310 ואילך (2012) (להלן: מדינה "פגיעה בזכות").

69 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 368 (2010).

70 השוו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים 623 (2002).

71 השוו גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009): "החשש הוא מפני הפיכת מבחן התכלית הראויה לבית למבחן איוון אנכי חלקי, באופן שיאפשר העדפה אפריורית של זכויות על פני תכליות ציבוריות ראויות" (שם, בעמ' 414).

72 לניתוח ההבדלים בין מבחני המידתיות לבין דוקטרינת האיוונים האופקי והאנכי שקדמה לה, ראו גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איוון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006).

למסקנות שונות. ההסתמכות על "עקרונות יסוד" כדי לחמוק מדיון זה מקילה על השופטים את מלאכת ההכרעה, אולם מחמיצה התמודדות אמיתית עם צרכיה המיוחדים של השעה. עוד יש להעיר כי קביעת תכליות היא במהותה מלאכתם של מחוקקים, שהציבור בוחרם בבחירות דמוקרטיות. הכרזה על תכלית כי אינה ראויה היא צעד קיצוני מצד בית המשפט, שאינו אמון על מלאכת יצירת רצונו של העם לתוך כלים ביצועיים. מטעם זה הביקורת השיפוטית בקנדה ובגרמניה, שפסקאות ההגבלה החוקתיות שלהן דומות לזו שלנו, מתמקדת במבחני המידתיות ולא בבחינת התכלית. בית המשפט בגרמניה מסתפק בהיותה של המטרה לגיטימית, כלומר שאינה סותרת את החוקה, ואת שאלת עוצמת הפגיעה ועוצמת הזכות הוא מותיר לדיון בשלב המידתיות.⁷³ התפיסה היא כי השאלה מהי מטרה ראויה היא במהותה שאלה ערכית שצריכה להיות מוכרעת בהליך פוליטי. גם בקנדה, אף שסעיף 1 לחוקה דורש שהחוק הפוגע יהיה כזה ש"ניתן להצדיקו בעליל בחברה חופשית ודמוקרטית",⁷⁴ בית המשפט הקנדי מסתפק בבחינת תכלית החוק ברמת הפשטה גבוהה ומותיר את שאלת רמת הפגיעה והצורך בה לשלב המידתיות.⁷⁵

3. פסילת תכלית ללא דיון

לצד הקדמת ההכרעה לשלב בחינת התכלית, השימוש ב"עקרונות יסוד" גם מחליף דיון נורמטיבי בתכליות. כמתברר, התפקיד שה"עיקרון" מילא בחלק מן הפרשיות דנן הוא חלופי לדיון בשאלה הנכבדה אם רשאית הכנסת לחוקק חוק שתכליתו הרתעת מסתננים עתידיים אם לא. ככלל, אם סבר המחוקק שיש לשאוף להגשים תכלית כלשהי, נדרשת מבית המשפט תעוזה כדי להכריז כי היא איננה ראויה. הפנייה ל"עקרונות יסוד" מקילה את המלאכה על השופט: אם יש "עקרון יסוד בשיטתנו", הרי שהשיטה שלנו מדורית דורות היא העומדת כביכול מאחורי ההכרעה, ולא השופט ועולם ערכיו.

4. פסילת תכליות לאור האמצעים שנבחרו להגשמתן

ההסתמכות על "עקרונות יסוד" כפי שנעשה בפסקי הדין דנן מעוררת גם קושי אנליטי. למעשה, היא יישום של עמדה (שכאמור לעיל מופיעה גם בפסיקת בית המשפט) שלפיה יש לבחון את כשרותה של תכלית ב"רגישות לזכות הנפגעת ממש כפי שהיא מתגלה בנסיבות הנבחנו",⁷⁶ כלומר בחינת התכלית לאור האמצעי שנבחר להגשמתה. גם בספרות הובעה העמדה כי יש לפרש את דרישת התכלית הראויה באופן שיהיה ניתן לשלול באמצעותה אמצעים מסוימים, א-פריורית (כלומר לפני בחינה של שאלת המידתיות), מתוך תפיסת עולם

73 Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 UNIV. TORONTO L. J. 383 (2007).

74 ס' 1 למגילת הזכויות שבחוקה הקנדית קובע כי "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"

75 ראו למשל R. v. Oakes, 1 S.C.R. 103 [1986].

76 ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 66, פס' 23 לפסק דינו של השופט (בדימוס) לוי.

כי יש אמצעים שחברה דמוקרטית אינה יכולה לסבול קטגורית, תהא תועלתם אשר תהא.⁷⁷ מסופקני אם כיוון חשיבה זה תואם את לשונה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, המבדילה בין שאלת התכלית לשאלת האמצעים הננקטים להגשמתה (מידתיות). הרי באשר לתכלית קובעת פסקת ההגבלה כי יש לשאול אם היא ראויה. לעומתה, אשר לאמצעים נמנעים חוקי היסוד מלשאול אם הם ראויים כשלעצמם. אמצעים נבחרים בשאלת מידתיות בלבד.

הדרישה כי אגב בחינת התכלית תיבחן גם הרגישות לזכות הנפגעת מעוררת גם היא מבוכה מושגית. מקומה הטבעי של בחינת הרגישות לזכויות האדם ועוצמת הפגיעה בהן הוא בשלב האזוניה, היינו בחינת המידתיות. יש להבחין בין מטרה שהחוק נועד לקדמה, שיכולה להיות קידום זכויות אדם אך יכולה להיות גם קידום אינטרסים ציבוריים שהמחוקק מבקש לקדם בלבד, לבין החובה להתחשב בזכויות אדם אחרות שעלולות להיפגע אגב הגשמת המטרה. מבחינה אנליטית, "רגישות לזכויות אדם" אינה יכולה להיות המטרה של החוק אלא סייג ערכי שעל המנגנונים שהחוק קובע לעמוד בו.

ה"עיקרון" דנן הוא דוגמה טובה לערבוב מעין זה. הוא משמש למעשה דחייה של תכלית (הרתעה) לאור האמצעי שנבחן להגשמתה (משמורת), ובכך משבש את דרך הבחינה הקבועה בפסקת ההגבלה.

ו. ביקורת חוקתית לאור עקרונות יסוד חוץ-חוקתיים – השלכות על יחסי הרשויות

1. ביקורת שיפוטית על חקיקה בישראל – עמדת המסורת

אף אם "עקרונות היסוד" לא הכריעו את הדין בפרשיות המסתננים, תפקידם החשוב מצדיק לבחון את הדוקטרינה גם בפרספקטיבה של התפתחות הביקורת השיפוטית על חקיקה בישראל. כשאומץ בית המשפט העליון לעצמו סמכות לבקר את חקיקת הכנסת, הוא השתית אותה על הטענה שהוסמך לכך על ידי הריבון אשר כונן חוקה. זו התזה שהציג הנשיא ברק בתחילה,⁷⁸ והיא אשר אומצה בהמשך כבסיס התיאורטי לביקורת שיפוטית על חקיקה בישראל: נבחרי העם, בחובשם את כובע הרשות המכוננת, העניקו מעמד של חוקה לחוקי היסוד. את הסמכות לעשות כן שאבו ישירות מן העם, הריבון.⁷⁹ כדי לקיים את דבר הריבון יש לוודא שדברי חקיקה לא יסתרו את החוקה. בדרך זו העניק העם לגיטימציה לבית המשפט לבקר את מעשי החקיקה הרגילים.⁸⁰ תפקידו של בית המשפט בביקורת החוקתית, לפי קונסטרקציה זו, הוא לשמש גוף המפקח מטעם העם, הריבון, על נציגיו ברשות המחוקקת ומבקר אותם, כדי לוודא שהללו האחרונים אינם חורגים מן הגבולות שקבע להם

77 ראו מדינה וסבן, לעיל ה"ש 68, בעמ' 92; מדינה "פגיעה בזכות", לעיל ה"ש 68. מדינה מביע את דעתו ש"הדרישה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית יהיה חוק שנועד לתכלית ראויה" נועדה לספק קו הגנה חשוב לזכויות באמצעות הצבת 'קווים אדומים', השוללים מלכתחילה את הלגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות חוקתיות" (שם, בעמ' 311).

78 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

79 שם, בעמ' 356.

80 שם, בעמ' 391.

הריבון בחוקה.⁸¹ הדברים אינם פרי המצאה של בית המשפט העליון בישראל. הם מהדהדים בעיקר את העקרונות שעליהם ביססה המסורת החוקתית האמריקאית את מקור הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה, והדברים ידועים.⁸²

קודם שנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, וקודם שהכריז בית המשפט על המהפכה החוקתית, הוגבלה ביקורת חקיקה לביקורת מכוחם של חוקי יסוד בעלי שריון פורמלי.⁸³ במקרה מפורסם יחיד – פרשת לאור – הועלתה באמרת אגב ובדעת מיעוט גם האפשרות לקיומה של ביקורת חקיקה שלא מכוח חוקה כתובה אלא מכוחם של "עקרונות יסוד".⁸⁴ ייתכן שאת עצם ההרהור הזה יש להבין על רקע זמנו, בהיעדר התקדמות ביצירת החוקה למדינת ישראל, ואולי גם כחלק מניסיון לזרז את הכנסת לכונן חוקה.⁸⁵

לאחר שנחקקו חוקי היסוד, בצבץ הרעיון של פסילת חוק בהסתמך על "עקרונות יסוד" בפסקי הדין של בית המשפט העליון לעיתים נדירות כאפשרות נידחת.⁸⁶ כל אימת שדובר בו, הודגש כי לאחר שנחקקו חוקי היסוד קשה לדמיין מצב שיעשה בו שימוש. כך נאמר למשל כי השימוש בו שמור לאותם חוקים אשר סותרים "עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה",⁸⁷ או למצבים שבהם "השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי",⁸⁸ או "במקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו".⁸⁹

בית המשפט עצמו חש אפוא בסיכון הטמון בנטילת הסמכות לפסול חקיקה ללא עיגון בחוקה כתובה וללא תשתית כמתחייב מן הרעיון הדמוקרטי. לפיכך מייד לאחר שנחקקו חוקי היסוד טרח לצמצם את הדוקטרינה למצבי קיצון אפוקליפטיים.⁹⁰

- 81 שם, בעמ' 420. ראו גם בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 387 (1997).
- 82 ראו דברי השופט ברק בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 78, בעמ' 420; אלכנסדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 389–390 (אהרן אמיר מתרגם, 2002).
- 83 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).
- 84 בבג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 551 (1990).
- 85 ראו גרעון ספיר המהפכה החוקתית 57 (2010).
- 86 ראו עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 1, פס' 8–11 לפסק דינו של השופט מזוז.
- 87 בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996).
- 88 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פ"ד סא(1), 619 (2006). ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 99 (2004). היוצא מן הכלל המעיד על הכלל הוא דעת המיעוט של המשנה לנשיא מ' חשין בפסק דין זה, אשר סבר כי יש להכריז על בטלותו של חוק דחיית השירות לתלמידי הישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב–2002, משום שהוא "עומד בסתירה משוועת לכל עקרונות היסוד הארוגים בחייו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן..." (שם, פס' 6).
- 89 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 655 (2009).
- 90 רוב הציטוטים הללו הם מדברי הנשיא ברק. ברק, אשר העלה את האפשרות המהפכנית בעניין לאור, לעיל ה"ש 84, הוא גם אשר גימד אותה לאחר חקיקת חוקי היסוד.

2. החזרת ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות יסוד אל קדמת הבמה

על רקע זה מפתיעה הנטייה שמגלים השופטים פוגלמן ונאור לשימוש ב"עקרון יסוד" בביקורת חקיקה. אם תתפתח, וכבר יש סימנים להתפתחות זו,⁹¹ היא עשויה להתברר כשינוי יסודי בשיווי המשקל שבין הרשויות בישראל, הן מבחינת הגדרתם של כללי המשחק הדמוקרטי והן מבחינת הדרך שבה המחוקק צפוי לפעול בתוכם בעתיד.

אשר להגדרת כללי המשחק הדמוקרטי: כאמור, הבסיס התיאורטי לביקורת החקיקה בישראל נשען על הרעיון הדמוקרטי של הסמכת הריבון. גם לשיטתם של המבקרים את ההכרזה על קיומה של סמכות כזו במסגרת "המהפכה החוקתית" נודעת חשיבות רבה לעצם הרטוריקה התולה את המהלך בפועלה של הרשות המכוננת.⁹² קשירת הקצוות יחדיו אל רצונו של הריבון מותירה את המערכת השלטונית שלנו כפופה לרצונו של העם, ולו ברמת ההצהרה, ובכך מבססת את הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית על עקרונות דמוקרטיים. יתרה מזאת, היא מותירה בידי הרשות המכוננת את האפשרות לתקן את החוקה או לשנותה. דוקטרינת "עקרונות היסוד של השיטה" לשם ביקורת מהותית על חקיקה אינה קושרת את עצמה לפעולה כלשהי שעשה הריבון. ביקורת חקיקה מכוח עקרונות יסוד שלא עוגנו בחוקה פורצת אפוא את מוסכמות המשחק הדמוקרטי.

זאת ועוד, להבדיל מהעקרונות החוקתיים המעוגנים בחוקה, תוכנם של אותם "עקרונות יסוד" אינו ידוע. מדובר בקבוצה שאיננה מוגדרת ואינה מוכרת לאיש. טול אדם מן היישוב ושאלהו מהם עקרונות היסוד של מדינת ישראל שאין לחרוג מהם, וקבל אינספור תשובות, שבוודאי גם יסתרו אחת את רעותה.

אשר למישור המעשי, העמימות האמורה משליכה על סוגיית הוודאות והצפיות בחקיקה. חוקה כתובה תוחמת למחוקק את גזרת פעולתו. לא כך כשמדובר בעקרונות יסוד עמומים. בחברה מרובת פנים וערכים כשלנו יכול שופט להתייחס אל מגוון רחב מאוד של רעיונות כאל "עקרונות יסוד של השיטה", ובאופן שלא ניתן לצפותו. הדבר עלול להקשות על בניית של מערכת שלטון מתפקדת ועל יחסים תקינים בין הרשויות.

מה ראו השופטים לנקוט טכניקה זו של הסתמכות על עקרונות יסוד חוץ-חוקתיים? מדוע לא חתרו להגיע לתוצאה זהה על סמך הקונסטרוקציה המוכרת של ניתוח לפי מבחני פסקת ההגבלה ופסילת ההסדרים מחמת חוסר מידתיות, כפי שנהגו חבריהם?

השערה אפשרית היא כי תכליתה של פריצת דרך זו היא הרחבת בסיס הביקורת החוקתית ושחרור בית המשפט מן הכבלים הפורמליסטיים המאפיינים אותה בדרך כלל.

91 רמז נוסף למגמה זו שב והתקבל מבית המשפט העליון בפסק הדין בעניין מתווה הגז (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016)). השופט פוגלמן ציין באמרת אגב כי כוח החקיקה המסור לכנסת אינו מוגבל אלא על ידי חוקי היסוד, אך הוסיף (בסוגריים): "וזאת מבלי שאביע כל עמדה אשר למגבלות החלות על כוח החקיקה של הכנסת מכוחם של עקרונות היסוד של השיטה", מבלי לסייג את האפשרות הזו למקרי קצה. נוסף על כך, פסק הדין בעניין קוונטינסקי (לעיל ה"ש 1), משקף במידת מה מגמה כזו, אם כי עניינו בביקורת פרוצדורה בלבד, והשופט סולברג, אשר כתב את חוות הדעת המרכזית של הרוב, מקפיד להבחין בין ביקורת פרוצדורת החקיקה בהסתמך על "עקרונות יסוד" לבין ביקורת על תוכנה מכוח עקרונות כאלה. ראו למשל שם, פס' 109 לפסק דינו.

92 ראו לעיל ה"ש 85, בעמ' 70 ואילך.

אימוצם של עקרונות חוץ-חוקתיים כבסיס לביקורת מסייע לבית המשפט לצאת אל מרחבים חופשיים יותר של שיפוט ערכי-אישית, ללא המחויבות לעגן את ההכרעות בנוסחאות של מידתיות ותכלית ראויה ולנמקן.

מהלך זה משתלב במגמות נוספות בעיצובה של הביקורת החוקתית בישראל שמצאו ביטוי בפסקי הדין בפרשות המסתננים. דיון מקיף בהן יחרוג מגדר מטרות של מאמר זה, ולפיכך נזכיר רק בהערה קצרה. למשל, ההצגה והניתוח של הפרקטיקות שהתקבלו במדינות אחרות בעולם בתחום משמורת מסתננים חורגות מן המקובל בביקורת חוקתית ומן הרציונלים הדמוקרטיים שלה.⁹³ יתרה מזאת, הדיונים המעמיקים במקורות מן המשפט הבין-לאומי בסוגיית משמורת מסתננים אינם עולים בקנה אחד עם תפיסות יסוד בהיררכייה הנורמטיבית בישראל; הרי חקיקה פנימית ישראלית לעולם גוברת על נורמה מן המשפט הבין-לאומי.⁹⁴ אומנם בית המשפט נשמר מלומר במפורש כי בטלות החוקים מקורה במשפט הבין-לאומי, אולם מבין השיטין ניכר משקלן הרב של נורמות אלו והשפעתן על שיקול הדעת של השופטים.⁹⁵ היבט נוסף של התופעה הוא מתן האפשרות לנציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) לטעון בהליך כ"ידיד בית המשפט". המדינה, מצידה, הביעה בפני בית המשפט חשש כבד מגרירת שיח דיפלומטי אל מסדרונות בית המשפט ואל הקלחת החוקתית הישראלית וביקשה מבית המשפט למנוע זאת.⁹⁶ אולם בקשת נציבות האו"ם לפליטים לא נדחתה, ובית המשפט קיבל לתיק העתירה את כתבי הטענות שלה. בעניין אדם בית המשפט אף אפשר לנציגת הארגון בישראל לטעון בפניו. על רקע זה ההסתייעות ב"עקרון יסוד" להגבלת תכליתה של החקיקה משקפת ביתר שאת מגמה של חריגה מן הגבולות שקבע לעצמו בית המשפט בביקורת החוקתית בישראל.

2. סיכום

שרשרת הפסילות של שלושת תיקוני החוק למניעת הסתננות בבית המשפט העליון, שספק אם באה אל קצה,⁹⁷ היא אירוע יוצא דופן במובנים חוקתיים. במאמר זה ביקשנו להצביע על היבט נוסף בעל משמעויות חשובות אשר נלווה להשתלשלות העניינים והוא ההידרשות

93 השוו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 237 (1994): "המשקל שניתן בחברה נתונה לשיקולים שונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים בחברות שונות. מכאן הצורך בזהירות רבה כאשר מתבקשת השראה השוואתית במשפט בכלל ובמשפט החוקתי בפרט". לסקירה וניתוח של השימוש בדין זר במשפט החוקתי הישראלי ראו Iddo Porat, *The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 152 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

94 ראו למשל עניין עדאלה, לעיל ה"ש 35, פס' 17.

95 ראו למשל עניין דסטא, לעיל ה"ש 8, פס' 43–45 לפסק דינה של הנשיאה נאור, העוסקות בביסוס עיגונו של "העיקרון" במשפט הבין-לאומי.

96 כך בהתייחסות מטעם פרקליטות המדינה לבקשת ההצטרפות של נציבות הפליטים של האו"ם מיום 7.3.2013, וכך בתשובה מפורטת מטעמה ביום 2.6.2013.

97 ראו בג"ץ 2293/17 גרסגה נ' הכנסת, שעודנו תלוי ועומד, התוקף את הפרק בתיקון שעניינו "פיקדון להבטחת יציאתם של מסתננים מישראל והגברת האכיפה".

ל"עקרון יסוד" – שאינו מעוגן כלל בחוקה כתובה – בביקורת החוקתית המהותית מפי שניים מן הבולטים שבשופטי ההרכבים.

המהלך מעורר קושי בשלושה היבטים: ראשית, מתברר כי בניגוד לטענת השופטים שנזקקו לו, "עקרון היסוד" האמור נולד בפסקי הדין דנן בלבד. בפסיקה קודמת הוא לא חרג מקביעה בדבר פרשנות הסמכות המנהלית שמעניק חוק אחר, ספציפי, הלא הוא חוק הכניסה לישראל. פסיקה בדבר מתחם הסמכות שמעניק חוק ספציפי אינה יוצרת "עקרון יסוד", בוודאי לא כזה שבכוונו לגבור על חקיקה ראשית, בייחוד כאשר בית המשפט עצמו עמד על כך שהחוק למניעת הסתננות, מושא פסקי הדין, נועד להעניק לממשלה כלים שלא הוענקו לה בחוק הכניסה לישראל. הכפפתו לאותם כללי פרשנות היא אפוא סיכול של כוונת המחוקק.

שנית, האופן שבו השתמשו השופטים ב"עקרון היסוד" משבש את דרך הבחינה החוקתית הקבועה בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. השימוש ב"עקרונות יסוד" להגבלת היצע התכליות האפשריות בשלב הראשון של הליך יישומה של פסקת ההגבלה מעצים את מעורבותו של בית המשפט בביקורת תכליות, מלאכה שאינה טבעית לו. מנגד, שימוש זה פוטר את בית המשפט מדיון אמיתי בתכלית, שהרי כך רשאי הוא להסתפק בכך שקיים בשיטתנו המשפטית "עקרון יסוד". נוסף על כך, זו נסיגה מבחינת פיתוח הכלים שבית המשפט העליון יצר לביקורת חוקתית. חלף שימוש במבחני המידתיות, המאפשרים לשקול דקויות של תועלת מול נזק לאור הנסיבות ולהציע פשרות, מציע כעת בית המשפט לחזור אל עולם הקביעות הבינאריות, הא־פריריות, של איזונים אנכיים.

שלישית, ההסתייעות ב"עקרונות יסוד" לצורך ביקורת מהותית על חקיקה ראשית היא אירוע חריג. האפשרות לעשות כן, שהועלתה באמרת אגב בעניין לאור, נדחקה לאחר חקיקת חוקי היסוד לקרן זווית, ובית המשפט חזר והבהיר כי היא שמורה למצבי קיצון. ההידרשות ל"עקרונות יסוד" במקרה דנן מאותתת אפוא על שינוי ביחסי הכוחות בין רשויות השלטון בישראל. היא מערערת את קביעת בית המשפט כי בנטלו את הסמכות לקיים ביקורת חוקתית הוא משתמש בסמכות שהעניק לו הריבון – העם – בחוקק את חוקי היסוד. לגופה של דוקטרינה, השימוש ב"עקרונות יסוד" לביקורת על חקיקה ראשית עלול ליצור עמימות ולהגביר את חוסר הוודאות בהליך החקיקה.

ראויה לציון העובדה כי השופטים נאור ופוגלמן נמנעו מלדון במהותה ובמשמעויותיה של דוקטרינת ביקורת חקיקה בהסתמך על "עקרונות יסוד". החסר הזה בולט בייחוד כשמשווים למקרים קודמים שבהם נדונה האפשרות, שבהם עמד בית המשפט על משמעויותיה, אף שהיא נותרה על המדף. היה ניתן לצפות כי דווקא בפסקי הדין דנן תוצג תשתית עיונית שתסביר מדוע, אם, מתי ובאילו תנאים הדבר אפשרי.⁹⁸ אני סבור כי גם בשלב הנוכחי של המהפכה החוקתית כללי המשחק של ביקורת החקיקה טעונים עוד הסבר והבהרה, ושינויים בוודאי מחייב דיון.

98 דיון מעין זה, בהקשר של ביקורת הפרוצדורה של החקיקה, התעורר כאמור לאחרונה בעניין קוונטינסקי לעיל ה"ש 1. לעניין שינוי כללי המשחק בביקורת חוקתית ראו Joshua Segev, *Justifying Judicial Review: The Changing Methodology of the Israeli Supreme Court*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 105, 118 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).